

University of Groningen

De Nederlandse consument heeft niets te vrezen

Pavillon, C.M.D.S.

Published in:
Maandblad voor Vermogensrecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2012

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Pavillon, C. M. D. S. (2012). De Nederlandse consument heeft niets te vrezen: het Europees kooprecht geeft meer dan het neemt. *Maandblad voor Vermogensrecht*, 7(8), 210-216.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De Nederlandse consument heeft niets te vrezen: het Europees kooprecht geeft meer dan het neemt

*Mr. dr. drs. C.M.D.S. Pavillon**

Een bekritiseerd instrument

1. Het Verordeningvoorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht¹ beoogt het vertrouwen van potentiële grensoverschrijdende – met name online – consumentkopers te vergroten door een hoog niveau van consumentenbescherming te bieden (artikel 1 lid 3 Verordeningvoorstel).² De consument dient om te beginnen in zijn eigen taal te worden ingelicht over de voorgenomen toepasselijkheid van het gemeenschappelijk Europees kooprecht en hier *expliciet* mee in te stemmen (art. 8 lid 2 en 9 Verordeningvoorstel). Het inlichten van de consument geschiedt door het ‘op een in het oog springende manier’ verstrekken van de standaardmededeling uit bijlage II bij de verordening (art. 9 lid 1 Verordeningvoorstel).³

Van deze standaardmededeling is echter gezegd dat zij op zichzelf nauwelijks bijdraagt aan het niveau van consumentenbescherming gezien de verwachte ‘*take it or leave it*’-benadering van de meeste handelaren.⁴ De consument zal niet kunnen opteren voor de nationale regeling, mocht deze hem meer bescherming bieden.⁵ Dat hij een keuze zou kunnen maken, veronderstelt bovendien dat hij kennis heeft van de verschillen tussen nationaal recht en gemeenschappelijk Europees kooprecht, wat niet waarschijnlijk is. De beste manier om de consument adequaat te beschermen is derhalve een hoog niveau van consumentenbescherming *in* het optionele instrument zelf.

2. Het optionele instrument zal evenwel pas zijn doel bereiken – de groei van de grensoverschrijdende handel – als bedrijven het niveau van consumentenbescherming niet als te hoogdrempelig ervaren. Een te hoog niveau van bescherming kan handelaren afschrikken en ten koste gaan van de effectiviteit van het instrument. De Europese regelgever heeft dus gezocht naar een balans. De getroffen balans krijgt echter weinig bijval. Volgens het bedrijfsleven zal het instrument de consument te veel bescherming bieden.⁶ Volgens verschillende nationale parlementen, waaronder de Nederlandse Tweede Kamer, gaat de consument er bij toepasselijkheid van het optionele instrument juist op achteruit.⁷ Deze laatste standpuntbepaling kan de effectiviteit van het instrument evenzeer belemmeren. Als zij breed wordt verspreid – nog ongeacht of zij klopt – zullen consumenten wellicht weigeren om te contracteren onder toepasselijkheid van het optionele instrument.⁸ Teneinde vast te stellen welke kritiek gerechtvaardigd is, wordt in deze bijdrage het door de materiële bepalingen in bijlage I bij het Verordeningvoorstel geboden niveau van consumentenbescherming getoetst aan het Europees consumentenacquis en aan het Nederlandse recht.

3. Ten aanzien van het beoogde hoge niveau van consumentenbescherming – dat wordt vereist door de voorgestelde verdragsbasis art. 114 lid 3 VWEU – stelt de considerans van het Verordeningvoorstel dat ‘dit voorstel strookt met de doelstelling een hoog niveau van consumentenbescherming te bereiken omdat het bindende voorschriften inzake consumentenbescherming bevat waarvan partijen niet ten nadele van de

* Charlotte Pavillon is als postdoctoraal onderzoeker verbonden aan het Groningen Centre for Law and Governance (RUG). Mijn dank gaat uit naar Jesse Meindersma voor zijn waardevolle bijdrage aan de totstandkoming van dit artikel.

1. Voorstel voor een Verordening betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, COM(2011) 635 def.
2. Een consument is ‘een natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die geen verband houden met zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit’ (art. 2 sub (f) Verordeningvoorstel), een enge definitie die aansluit bij bestaand EU-recht.
3. De standaardmededeling in bijlage II bevat een overzicht van de door het GEKR verschaft remedies.
4. M.H. Hesselink, How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission’s Proposal for a Regulation, European Review of Private Law 2012/1, p. 208-209.
5. Dit kan ook het recht van het land van de verkoper zijn indien dit recht meer bescherming biedt dan het nationale recht van de koper: art. 6 lid 2 Rome I (PbEU 2008, L 177/6) sluit dit niet uit.

6. UEAPME position paper: <www.ueapme.com/IMG/pdf/120119_pp_Specific_Remarks_CESL.pdf>; BusinessEurope Comments <www.nho.no/getfile.php/filer%20og%20vedlegg/BUSINESSEUROPE%20kommentarer%20om%20en%20felleseuropeisk%20salgslov,%2010.02.12.pdf>.

7. Commissie voor Immigratie & Asiel/JBZ-Raad, brief aan de minister voor Veiligheid en Justitie over de verordening facultatief gemeenschappelijk Europees kooprecht 6 december 2011, 149685u (onderdeel van Kamerstuk 33 113-A). Zie ook het Rapport d’information sur le droit commun européen de la vente van de Franse Kamercommissie van Europese zaken, 7 december 2011, No 4061, p. 43 e.v. en de Reasoned Opinion van de UK House of Commons, 7 december 2011, nr. 32.

8. In gelijke zin: M.B.M. Loos, Consumentenbescherming en het Optionele Instrument van contractenrecht, Maandblad voor Vermogensrecht 2011/7-8, p. 193.

consument kunnen afwijken. Voorts is het beschermingsniveau van deze bindende bepalingen gelijk aan of hoger dan het huidige acquis.⁹

Deze bijdrage zal eerst aandacht besteden aan deze twee stellingen, die het niveau van consumentenbescherming vanuit het Europese perspectief betreffen. Vervolgens zal ik inzoomen op de betekenis van het gemeenschappelijk Europees kooprecht voor de Nederlandse consument. Het succes van het optionele instrument zal vooral afhangen van de bescherming die het biedt in vergelijking met het *nationale* recht waarop de consument geen beroep meer toekomt. Het optionele instrument fungeert immers als een tweede nationaal stelsel dat art. 6 lid 2 Rome I,¹⁰ en dus nationaal dwingend recht, uitschakelt. Bij deze vergelijking geldt dat voor het niveau van consumentenbescherming niet slechts de dwingendrechtelijke consumentenbeschermende bepalingen relevant zijn, maar ook algemene contractrechtelijke onderwerpen als de redelijkheid en billijkheid en de wilsgebreken.

‘Voorschriften waarvan partijen niet ten nadele van de consument kunnen afwijken’

4. Het optionele instrument bevat een indrukwekkende hoeveelheid bepalingen waarvan niet mag worden afgeweken ten nadele van de consument (58 in totaal).¹¹ De reikwijdte van het dwingende karakter van deze bepalingen is evenwel niet altijd even duidelijk. Art. 108 van bijlage I van het Verordeningssvoorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht (hierna: GEKR) verbiedt bijvoorbeeld om ‘ten nadele van de consument de toepassing van [hoofdstuk 11 betreffende de rechtsmiddelen van de koper] uit te sluiten of van dit hoofdstuk af te wijken of de gevolgen ervan te wijzigen voordat de handelaar door de consument op het ontbreken van conformiteit is gewezen’. Veronderstelt dit artikel dat afwijking wel mogelijk is bij andere tekortkomingen dan de non-conformiteit uit art. 99 e.v. GEKR (i.e. bij de tekortkomingen genoemd in art. 87 GEKR)?¹² En houdt deze bepaling in dat, nadat de verkoper op de non-conformiteit is gewezen, wel van de in dit hoofdstuk genoemde rechtsmiddelen afgeweken mag worden? Overigens is het voor een handelaar altijd mogelijk om de consument aanvullende bescherming te bieden.

‘Beschermingsniveau van deze bindende bepalingen gelijk aan of hoger dan het huidige acquis’

5. Het vertrekpunt van het optionele instrument wat betreft de consumentenbescherming vormt het bestaande consumentenacquis. De vraag dringt zich op of het GEKR de consument

inderdaad meer, of in ieder geval dezelfde, bescherming biedt als de vele Europese richtlijnen ten behoeve van de koper-consument. De vergelijking van het acquis met het GEKR waarin het is versleuteld, is een ingewikkelde exercitie en de twijfels aan de kant van de nationale parlementen zijn veelal gebaseerd op een gebrek aan overzicht. Op verzoek van een grote groep lidstaten waaronder Nederland, stelt de Europese Commissie momenteel een transponeringstabel op. Deze tabel moet verduidelijken op welke bestaande EU-regelgeving de verschillende onderdelen van het GEKR zijn geënt en in welke opzichten het GEKR een hoger niveau van consumentenbescherming bereikt.¹³

6. De vergelijking tussen GEKR en acquis leert dat het optionele instrument het door het EU-recht geboden beschermingsniveau op de meeste punten evenaart en dat de Europese regelgever vrij consistent is geweest.¹⁴ Zo is de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de consumentenrichtlijnen in het GEKR verwerkt.¹⁵

Voorts sluit het GEKR aan bij het acquis wat betreft de informatieverplichtingen jegens de consument en diens herroepingsrechten. De informatieverplichtingen uit de Richtlijn e-commerce (2000/31/EG) komen terug in afdeling 3 van hoofdstuk 2 inzake de precontractuele informatie. De bepalingen uit de Richtlijn consumentenrechten zijn overgenomen in afdeling 1 van hoofdstuk 2 alsmede in hoofdstuk 4 inzake het herroepingsrecht voor op afstand en buiten verkooppunten gesloten B2C-overeenkomsten.

Ook stemmen de bepalingen inzake conformiteit uit art. 99 e.v. GEKR grotendeels overeen met die uit de Richtlijn consumentenkoop, met dien verstande dat het GEKR uitvoeriger is en daardoor meer houvast biedt dan de richtlijn. Soms gaat de consument er lichtjes op vooruit ten aanzien van de richtlijn,¹⁶ een enkele keer lijkt hij juist iets slechter af onder

9. Verordeningssvoorstel, p. 7. Zie over art. 114 lid 3 VWEU: p. 10 en overweging 11 considerans.
10. Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (PbEU 2008, L 177/6).
11. Het Verordeningssvoorstel ziet ook op overeenkomsten waarbij de koper een klein of middelgroot bedrijf is, waarbij dit type bedrijf ruim wordt gedefinieerd: art. 7 lid 2 Verordeningssvoorstel.
12. R. Felkamp & F. Vanbossele, The Optional Common European Sales Law for European Contract Law: Better Buyer's Remedies for Seller's Non-performance in Sales of Goods?, *European Review of Private Law* 2011/6, p. 892.

13. Brief Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, 20 januari 2012.

14. A.L.M. Keirse, S.A. Kruisinga & M.Y. Schaub, Twee nieuwe wetgevingsinstrumenten: de Richtlijn Consumentenrechten en het gemeenschappelijk Europees kooprecht, *Contracteren* 2012/1, p. 22.

15. Art. 112 lid 2 GEKR bepaalt, in lijn met het HvJ EG 17 april 2008, zaak C-404/06, *Quelle AG*, Jur. 2008, p. I-2685 dat de consument geen goeding hoeft te betalen voor het gebruik van de geretournerde goederen.

16. Tegenover de ruime uitsluitingsgrond uit art. 2 lid 3 Richtlijn consumentenkoop, dat is omgezet in art. 7:17 lid 5 BW ('de koper komt geen beroep op non-conformiteit toe indien het gebrek op het tijdstip van sluiting van de overeenkomst de consument bekend was of redelijkerwijs niet onbekend kon zijn, of wanneer het gebrek zijn oorsprong heeft in door de consument geleverde grondstoffen') staat de voor de consument gunstigere subjectieve toets uit art. 99 lid 3 GEKR (een beroep op non-conformiteit is slechts uitgesloten als de consument op het tijdstip van de contractsluiting 'van de precieze staat van de goederen of de digitale inhoud op de hoogte was en de goederen of de digitale inhoud op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst als conform de overeenkomst aanvaardde').

het GEKR.¹⁷ Art. 100 sub (a) GEKR vat dit ‘geven en nemen’ mooi samen. Het artikel gaat verder dan de richtlijn door te stellen dat, om in aanmerking te worden genomen, een bijzonder gebruik slechts aan de verkoper ter kennis moet zijn gebracht (en, in tegenstelling tot het bepaalde in art. 2 lid 2 sub (b) Richtlijn consumentenkoop,¹⁸ niet door hem hoeft te zijn aanvaard). Het artikel biedt echter minder bescherming dan de richtlijn daar waar het bepaalt dat een bijzonder doel niet wordt erkend als uit de omstandigheden blijkt dat de koper niet vertrouwde of redelijkerwijs mocht vertrouwen op de deskundigheid en het oordeel van de verkoper.

Veel richtlijnbepalingen keren evenwel in licht gewijzigde bewoordingen terug in het GEKR. Dit zorgt voor onduidelijkheid daar waar de enigszins afwijkende formulering de lading van de richtlijn bepaling niet geheel lijkt te dekken.¹⁹ Waar het GEKR de richtlijnen niet woordelijk reproduceert, is de consument overigens meestal in het voordeel.²⁰ Verschillende informatieplichten zijn ruimer²¹ en/of gedetailleerder²² dan die uit de richtlijnen.

7. Op sommige onderdelen overtreft het optionele instrument zonder meer het bestaande acquis. Het voor het GEKR relevante consumentenacquis bestrijkt een aantal minimum harmoniserende bepalingen waarvan op nationaal niveau ten gunste van de consument mag worden afgeweken. Net als het recht van veel lidstaten overstijgt ook het optionele instrument het minimum beschermingsniveau, neergelegd in de Richtlijn oneerlijke bedingen en de Richtlijn consumentenkoop. Wat betreft de aanpak van oneerlijke bedingen biedt het optionele instrument een ruimere bescherming dan de gelijknamige richtlijn. Het GEKR bevat immers een grijze en een zwarte lijst van onredelijke contractvoorwaarden. Ook wat betreft de hoeveelheid remedies bij niet-nakoming die hij tot zijn beschikking heeft onder het regime van het GEKR, gaat

de consument er ten opzichte van de Richtlijn consumentenkoop op vooruit. Het GEKR biedt consumenten een vrije keuze inzake rechtsmiddelen ingeval zij een gebrekkig product kopen. Dat betekent dat zij de overeenkomst kunnen ontbinden of om een vervanging, reparatie, schadevergoeding of prijsvermindering kunnen verzoeken (art. 106 lid 1 GEKR). De algemene regels inzake niet-nakoming van de verkoper zijn van toepassing op de non-conformiteit. Vooralsnog is slechts in vijf EU-landen (Frankrijk, Griekenland, Litouwen, Luxemburg en Portugal) sprake van een vrije keuze in rechtsmiddelen. De conformiteitsregeling in het GEKR bevat nog meer voordelen voor de consument in vergelijking met de Richtlijn consumentenkoop. Volgens art. 106 lid 3 sub (b) GEKR is de consument niet gebonden aan de vereisten van onderzoek en kennisgeving uit afdeling 7 van hoofdstuk 11 en kan hij zich zelfs verscheidene maanden na een aankoop op non-conformiteit beroepen. Dit artikel wijkt af van art. 5 lid 2 Richtlijn consumentenkoop, dat lidstaten de mogelijkheid geeft om te bepalen ‘dat de consument zijn rechten niet kan uitoefenen dan wanneer hij de verkoper binnen een termijn van twee maanden na de datum waarop hij het gebrek aan overeenstemming heeft vastgesteld, hiervan op de hoogte heeft gebracht’. Voorts bevat het GEKR geen termijn voor het recht op conformiteit (vgl. art. 5 lid 1 Richtlijn consumentenkoop) en biedt art. 105 lid 2 GEKR de handelaar, anders dan art. 5 lid 3 Richtlijn consumentenkoop, niet de mogelijkheid om het vermoeden van non-conformiteit bij binnen zes maanden gebleken gebreken te weerleggen.

8. Op een klein aantal punten staat de consument er iets slechter voor dan onder het acquis. Zo zijn een paar in richtlijnen neergelegde informatieplichten niet expliciet in het GEKR opgenomen.²³ Mogelijk ook in het nadeel van de consument is, dat het GEKR een aantal richtlijnbepalingen dat beleidsruimte overlaat aan lidstaten om de consument meer bescherming te bieden, niet overneemt. Art. 9 lid 3 Richtlijn consumentenrechten bepaalt bijvoorbeeld dat ‘voor buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten de lidstaten [...] bestaande nationale wetgeving waarbij het de handelaar wordt verboden om de betaling door de consument te innen gedurende een bepaalde periode na de sluiting van de overeenkomst, [kunnen] handhaven’. Deze uitzondering komt niet terug in het optionele instrument (art. 17 lid 3 en 45 lid 5 GEKR).²⁴ Een ander voorbeeld is art. 20 lid 2 GEKR, dat ziet op informatieverplichtingen bij andere dan buiten verkoopruimten en op afstand gesloten overeenkomsten. Dit artikel is niet van toe-

17. Art. 100 sub (f) en (g) GEKR refereren aan de vereiste ‘hoedanigheden’ (*qualities*) terwijl art. 2 lid 2 sub (d) Richtlijn consumentenkoop, door naar de ‘kwaliteit’ (*quality*) van het gekochte te verwijzen, een hoger kwaliteitsniveau garandeert: C.A.N.M.Y. Cauffman, Het Voorstel voor een Verordening over een gemeenschappelijk Europees kooprecht, zo gek nog niet?, Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 2012/23. Art. 2 lid 2 sub (d) is overigens niet omgezet in art. 7:17 e.v. BW.

18. Vgl. art. 7:17 lid 2 BW: ‘een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien’.

19. Vgl. behalve het eerdergenoemde art. 100 sub (f) en (g), ook art. 14 GEKR: dit artikel rept over ‘heffingen’ terwijl art. 6 Richtlijn consumentenrechten spreekt over ‘alle belastingen’. Voorts impliceert art. 13 lid 2 GEKR, anders dan art. 6 lid 5 Richtlijn consumentenrechten, dat eventueel ook *na* de contractssluiting tot de wijziging van de verstrekte informatie kan worden overeengekomen.

20. Art. 42 lid 1 sub (a) GEKR gaat bij het ingaan van de herroepingstermijn voorbij aan de mogelijkheid dat een derde de goederen in ontvangst kan nemen (dit wordt wel in art. 9 lid 2 sub (b) Richtlijn consumentenrechten genoemd). Art. 16 lid 4 GEKR is door de toevoeging ‘wordt geacht te hebben voldaan’ soepeler geformuleerd dan art. 6 lid 4 Richtlijn consumentenrechten.

21. Art. 20 lid 1 sub (d) GEKR schept een ruimere informatieplicht aangaande de voorwaarden van de overeenkomst dan art. 5 Richtlijn consumentenrechten.

22. Vgl. bijvoorbeeld art. 24 lid 4 GEKR met art. 10 lid 3 Richtlijn e-commerce. Art. 25 GEKR voert aanvullende voorschriften in voor op afstand gesloten elektronische overeenkomsten.

23. Zoals bijv. de plicht het handelsregisternummer te vermelden (art. 5 lid 1 sub (d) Richtlijn e-commerce).

24. Tot grote spijt van de Franse wetgever die veel waarde hecht aan deze bepaling: Rapport, No 4061, p. 45. Art. 13 lid 5 sub (c) GEKR – waaruit blijkt dat er geen informatieverplichting in de zin van art. 13 GEKR geldt voor buiten verkoopruimte gesloten overeenkomsten die niet meer bedragen dan 50 euro (terwijl het opnemen van deze limiet facultatief is volgens art. 3 lid 4 Richtlijn consumentenrechten) – biedt tegelijkertijd ook meer bescherming aan de consument dan de richtlijn. Ten aanzien van dergelijke ‘kleine’ aankopen lijken de informatieplichten uit art. 18 e.v. GEKR wel te gelden (art. 13 GEKR verwijst hier namelijk niet naar).

passing op dagelijkse transacties die onmiddellijk na het sluiten van de overeenkomst worden verricht.²⁵ De Richtlijn consumentenrechten laat deze keus aan de lidstaten (art. 5 lid 3).

Dat intracommunautaire inbreuken op het GEKR buiten het bereik vallen van de Europese Verordening inzake samenwerking handhaving consumentenbescherming (Vo 2006/2004, COM(2003) 443 def.), is tot slot, vanuit het oogpunt van de consumentenbescherming, betreurenswaardig.²⁶

9. Als we de balans opmaken, vormt het GEKR niettemin eerder een stap vooruit, dan een stap terug in vergelijking met het door het acquis verzekerde niveau van consumentenbescherming. De Europese regelgever heeft een consumentenbeschermende benadering gekozen bij het regelen van onderwerpen die (mede) op B2C-contracten gerichte richtlijnen veelal aan de lidstaten overlaten – zoals het bepalen van sancties of het verdelen van de bewijslast.²⁷ Diezelfde benadering volgt hij bij het regelen van onderwerpen die in het acquis niet van toepassing zijn op B2C-overeenkomsten, zoals de door Richtlijn betalingsachterstanden (2011/7/EU) geregelde vertragsrente: deze begint niet eerder te lopen dan 30 dagen na de kennisgeving door de schuldeiser (art. 167 lid 1 GEKR).

Voorafgaand aan het voorstel is geopperd dat het GEKR tot ‘social dumping’ zou kunnen leiden, omdat een te hoog niveau van bescherming de handelaren zou afschrikken.²⁸ Vanuit een Europees oogpunt is van dumping geen sprake. Of sprake is van een ‘race to the bottom,’ hangt echter ook af van de vergelijking van het GEKR met het nationale recht. Voor het niveau van consumentenbescherming is relevant het nationale recht van zowel de koper²⁹ als de verkoper.³⁰ Ik zal mij hierna beperken tot een vergelijking met het Nederlandse recht.

De vergelijking met het Nederlandse recht ter omzetting van minimum richtlijnen

10. Wat betekent het GEKR in termen van consumentenbescherming voor de Nederlandse consument? Art. 6 Rome I wordt uitgeschakeld omdat het GEKR als een tweede nationaal stelsel fungeert. Dit houdt in dat het nationale recht buiten werking wordt gezet (hoewel niet helemaal, daarvoor is teveel niet geregeld door het GEKR – zie nr. 16 slot). Gaat de Nederlandse consument er op vooruit als hij een contract sluit waarop het GEKR van toepassing is? De focus ligt hierbij in eerste instantie op de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek (BW) waarin meer bescherming wordt geboden dan de minimum richtlijnen. Ik ga ervan uit dat de maximum harmoniserende bepalingen uit de Richtlijn consumentenrechten straks letterlijk zullen worden omgezet in het nationale recht.³¹ Van de minimum bepalingen uit deze richtlijn (de informatieplichten uit art. 5 bijvoorbeeld) is nog niet bekend of deze door de Nederlandse wetgever zullen worden aangevuld.

Bij de omzetting van minimum richtlijnen heeft de Nederlandse wetgever regelmatig gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de consument meer beschermen te bieden. Een voorbeeld van striktere nationale voorschriften vormen de grijze en zwarte lijsten van onredelijk bezwarende bedingen. Een ander voorbeeld is het niet omzetten van de tweejarige vervaltermijn voor de aansprakelijkheid van de verkoper (art. 5 lid 1 Richtlijn consumentenkoop): de Nederlandse consument heeft ook na twee jaar recht op een deugdelijk product. De vraag is hoe de, ten opzichte van deze minimum richtlijnen, strengere bepalingen uit het GEKR zich verhouden tot het Nederlandse recht.

11. Ten aanzien van de remedies bij non-conformiteit gaat de Nederlandse consument er duidelijk op vooruit. Naar Nederlands recht heeft de consument in eerste instantie slechts recht op vervanging of herstel (art. 7:21 jo. 22 lid 2 BW), waarbij de redelijkheid en billijkheid bepalen of in plaats van herstel voor vervanging mag worden gekozen. Nederlandse consumenten die contracteren onder het GEKR hebben, als het gekochte product defect blijkt te zijn, behalve de keuze tussen reparatie en vervanging, ook *direct* de mogelijkheid om de eigen nakoming op te schorten, de overeenkomst te ontbinden of prijsvermindering dan wel schadevergoeding te vorderen (art. 106 lid 1 GEKR). De consument hoeft de verkoper niet eerst de mogelijkheid tot herstel of vervanging te bieden. In geval van niet-nakoming heeft herstel van verzuim *geen* voorrang boven de andere remedies (art. 106 lid 3 sub (a) GEKR).

De keuze tussen herstel en vervanging blijft wel aan (beperkende) voorwaarden gebonden (art. 111 GEKR). Aan de verhouding tussen deze en de overige rechtsmiddelen zijn

25. Keirse, Kruisinga & Schaub 2012, p. 22, vragen zich af hoe ruim dit begrip moet worden uitgelegd en of de aanschaf van een iPad hier bijvoorbeeld onder valt.

26. Vgl. Rapport, No 4061, p. 11.

27. De door het GEKR voorziene schadevergoedingssanctie op de schending van de informatieplichten (art. 29 GEKR) is zonder meer consumentvriendelijk te noemen. Art. 19 lid 4 GEKR stelt dat een per telefoon gesloten contract slechts geldig is indien de consument het aanbod heeft ondertekend of een schriftelijke bevestiging heeft gezonden waaruit de instemming blijkt. Voorts verstrekt de handelaar op verzoek van de consument een bevestiging van die instemming op een duurzame gegevensdrager. De Richtlijn consumentenrechten biedt lidstaten de mogelijkheid deze voorwaarden te stellen, maar schrijft deze zelf niet voor (art. 8 lid 6). Verder breidt het GEKR de materiële reikwijdte van bepalingen uit de Richtlijn consumentenrechten uit. Art. 21 GEKR legt bijvoorbeeld, anders dan art. 6 lid 9 Richtlijn consumentenrechten, ook ten aanzien van informatieplichten voor andere dan buiten verkoopruimten en op afstand gesloten overeenkomsten, de bewijslast bij de handelaar. Art. 26 GEKR doet dit ten aanzien van informatieplichten bij e-contracten, terwijl de Richtlijn e-commerce dit niet regelt.

28. J.W. Rutgers, An Optional Instrument and Social Dumping Revisited, European Review of Contract Law 2011/2, p. 359.

29. Ervan uitgaande dat de verkoper zijn activiteiten richt op het land van de koper. Dit wordt echter snel aangenomen, zo blijkt uit HvJ EU 7 december 2010, gevoegde zaken C-585/08 (*Pammer*) en C-144/09 (*Hotel Alpenhof*) (n.n.g.).

30. Dat laatste wordt niet uitgesloten door art. 6 lid 2 Rome I: Hesseling 2012, p. 209.

31. Art. 71 GEKR biedt de consument momenteel bijvoorbeeld meer bescherming dan het Nederlandse recht. De consument dient volgens dit artikel uitdrukkelijk in te stemmen met een aanvullende betaling (naast de betaling voor de hoofdprestatie). Daar deze bepaling is ontleend aan art. 22 Richtlijn consumentenrechten, zal zij binnenkort ook Nederlands recht vormen.

echter geen nadere voorwaarden gesteld.³² De keuzevrijheid van de consument mag dus niet worden ingeperkt, ook niet op grond van de redelijkheid en billijkheid.

De verplichting naar Nederlands recht om als consument binnen bekwame tijd (twee maanden) contact op te nemen met de verkoper (art. 7:23 lid 1, laatste zin BW) ontbreekt voorts in het GEKR. De consument die een defect product heeft ontvangen komt een beroep op bovengenoemde remedies toe, ook als zij zich niet meteen tot de verkoper heeft gewend (art. 106 lid 3 sub (b) GEKR). Volgens art. 118 jo. 119 lid 2 GEKR behoudt de consument eveneens zijn recht op ontbinding, ook al gaat hij niet over tot kennisgeving binnen een redelijke termijn.

De consument die contracteert onder het GEKR is niet gebonden aan regels inzake ingebrekestelling en verzuim zoals deze gelden naar Nederlands recht. Kanttekening verdient wel dat bij de vorderingen tot herstel en vervanging, de niet-nakoming van de verkoper moet kunnen worden toegerekend (art. 106 lid 4 GEKR). Naar Nederlands recht zou de toerekenbaarheid (die meestal is gegeven in geval van non-conformiteit) er bij de nakomingsacties ex art. 7:21 BW niet toe doen³³ en zou het ontstaan van een herstel- of vervangingsverplichting niet worden verhinderd door een overmachtssituatie.³⁴ Op dit punt is de consument mogelijk slechter af onder het GEKR.

12. Ten aanzien van de bescherming tegen onredelijk bezwarende contractvoorwaarden verandert er weinig voor de Nederlandse consument. Bij de uitleg van de open norm uit art. 83 lid 1 GEKR zal het nationale beschermingsniveau naar verwachting worden gehandhaafd (voor zover dat kan worden vastgesteld). Al is de nationale rechter verplicht de oneerlijkheidstoets autonoom uit te leggen, hij heeft – zolang het Hof van Justitie zich niet over deze norm uitlaat – naar ik meen geen reden om de GEKR-norm anders uit te leggen dan de norm uit art. 6:233 sub (a) BW.³⁵ Er kleven een paar nadelen aan het GEKR in vergelijking met afdeling 6.5.3 BW. Nadelig voor de consument is de uitwerking van het onderhandelingscriterium in art. 7 GEKR.³⁶ Deze biedt minder bescherming dan het Nederlandse recht waarin pas van een onderhandelde voorwaarde sprake is als het beding ook daadwerkelijk is gewijzigd.³⁷ De zwarte lijst in art. 84 GEKR is voorts iets korter dan

die van art. 6:236 BW. Een bewijsbeding is in het GEKR bijvoorbeeld niet zwart maar grijs gekleurd.

Toch gaat de consument er onder het GEKR-regime ook op vooruit. Het GEKR verbiedt, anders dan het Nederlandse recht, arbitragebedingen die de weg naar de rechter afsnijden (art. 84 sub (d) GEKR). Ook boetebedingen (art. 85 sub (e)) en wijzigingsbedingen (art. 85 sub (j)) ontbreken op de Nederlandse lijsten. De grijze lijst van het GEKR is langer en breder geformuleerd (zie behalve art. 85 sub (q) ook art. 85 sub (b)). Al met al zouden de lijsten uit het optionele instrument, afhankelijk van de manier waarop zij worden uitgelegd, de consument mogelijk meer bescherming kunnen bieden dan de lijsten in het BW. Stellen dat de voordelen van het GEKR ten opzichte van afdeling 6.5.3 BW groter zijn dan de nadelen gaat echter te ver.³⁸

De vergelijking met niet uit richtlijnen afkomstig Nederlands recht

13. Het GEKR bevat ook veel consumentenbeschermende bepalingen die *niet* voortkomen uit het consumentenacquis. De vraag is hoe deze bepalingen zich verhouden tot het Nederlandse consumentenrecht. Zo regelt het GEKR, anders dan de Richtlijn oneerlijke bedingen, de informatieplicht van algemene voorwaarden. Een gebruiker mag een beding uit algemene voorwaarden alleen inroepen als hij redelijke maatregelen heeft getroffen om deze voor of bij het sluiten van de overeenkomst onder de aandacht van de wederpartij te brengen (art. 70 lid 1 GEKR). De enkele verwijzing naar de voorwaarden in een schriftelijke overeenkomst is onvoldoende, al ondertekent de consument het contract (lid 2). Dit komt erop neer dat de consument de voorwaarden overhandigd dient te krijgen. In dat opzicht verandert er weinig voor de Nederlandse consument.³⁹ Een algemene verplichting om de algemene voorwaarden ter hand te stellen komt in het GEKR echter niet voor.⁴⁰ De bewijslast ligt voorts niet zonder meer bij de gebruiker.⁴¹ Ten slotte ontbreekt de vernietigings sanctie uit art. 6:233 sub (b) BW. De regeling van de informatieplicht van algemene voorwaarden in het GEKR pakt dus ongunstig uit voor de Nederlandse consument.

14. De totstandkoming en uitleg van de overeenkomst, de redelijkheid en billijkheid (art. 2 GEKR) en de schadevergoe-

32. Zij het dat, als herstel of vervanging eenmaal is gevorderd, pas na 30 dagen een andere weg kan worden ingeslagen (de opschorting uitgezonderd: art. 111 lid 2 GEKR).

33. Asser-Hijma 5-I 2007, nr. 384.

34. D. Haas, De grenzen van het recht op nakoming (diss. VU), Deventer: Kluwer 2009, p. 102.

35. De expliciete verwijzing naar het transparantiebeginsel in de volgens art. 83 lid 2 GEKR in acht te nemen gezichtspunten vergt wel dat de Nederlandse rechter dit aspect meer aandacht geeft. Afhankelijk van hoe hoog de drempel wordt gelegd, kan dit gezichtspunt zowel in het voor- als in het nadeel van de consument uitpakken.

36. In het door de Expert Group voorbereide ontwerp werden ook onderhandelde bedingen aan de oneerlijkheidstoets onderworpen. Het GEKR vormt in dit opzicht een stap terug voor de consument.

37. M.B.M. Loos, Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn consumentenrechten, in: M.W. Hesselink en M.B.M. Loos (red.), Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten, Den Haag: BJU 2009, p. 186.

38. Een voordeel is mijns inziens wel dat een oneerlijk beding niet bindend is volgens art. 79 lid 1 GEKR. Deze sanctie past beter bij de – eveneens bij toetsing aan het GEKR geldende – ambtshalve toetsingsplicht. De vernietigbaarheidssanctie uit art. 6:233 sub (a) BW leent zich moeilijk voor een ambtshalve toepassing. Voor vernietiging is immers een vordering of een buitengerechtigde verklaring vereist (art. 3:49 jo. 51 BW).

39. De regel neergelegd in HR 1 oktober 1999, NJ 2000, 207 (*Geurtzen-Kampstaal*) is gelet op de plicht tot autonome uitleg van het GEKR niet van toepassing: een duidelijk zichtbaar bord zal dus mogelijk niet voldoende zijn.

40. Tenzij art. 70 lid 1 GEKR op dit punt ruim zou worden uitgelegd: M.B.M. Loos, De algemene voorwaarden-regeling in het voorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht: een vergelijking met het Nederlandse recht, Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 2012/24.

41. Naar Nederlands recht is dit wel het geval: HR 11 juli 2008, LJN: BD1394, NJ 2008, 416 (*Lommerse-Uitendaal/Atria*).

ding zijn eveneens onderwerpen die van belang zijn voor het niveau van consumentenbescherming.⁴² Ten aanzien van deze onderwerpen is de Nederlandse consument beter noch slechter af wanneer hij onder toepasselijkheid van het GEKR contracteert. Het handelen in strijd met de goede trouw en redelijkheid en billijkheid vormt bijvoorbeeld een expliciete grond voor schadevergoeding (art. 2 lid 2 GEKR). Naar Nederlands recht is een contractspartij voor het schenden van uit de redelijkheid en billijkheid afgeleide plichten ook aansprakelijk op grond van wanprestatie (art. 6:248 lid jo. 74 BW).

Ten aanzien van de ontbinding valt op dat deze alleen is toegestaan wanneer de niet-nakoming wezenlijk is (art. 114 lid 1 GEKR). Art. 87 lid 2 GEKR regelt wanneer sprake is van een wezenlijke niet-nakoming.⁴³ De mogelijkheid tot ontbinden lijkt beperkter dan naar Nederlands recht, waarin iedere tekortkoming tot ontbinding mag leiden tenzij zij, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Omdat het GEKR ontbinding sneller toestaat in geval van non-conformiteit – vereist is slechts dat de non-conformiteit niet onbeduidend is (art. 114 lid 2 GEKR) – vallen de nadelige gevolgen voor de Nederlandse consument mee. Daar komt bij dat ontbinding mogelijk is in geval van een vertraging in de levering die als zodanig niet wezenlijk is, wanneer de koper een redelijke aanvullende termijn stelt en de verkoper niet binnen deze termijn nakomt (art. 115 en 135 GEKR). Voorts kan ook ingeval van een niet-toerekenbare nakoming vervangende schadevergoeding worden toegekend (art. 8 lid 2 GEKR). De door art. 6:277 lid 2 jo. 78 BW gestelde grens geldt dus niet.

15. In consumentengeschillen wordt vaak een beroep op de wilsgebreken gedaan.⁴⁴ De wilsgebrekenregeling in het GEKR is op bepaalde punten gedetailleerder dan de Nederlandse regeling. Of er een informatieplicht jegens de dwalende resp. de bedrogen consument bestond, wordt bijvoorbeeld gespecificeerd door een verwijzing naar hoofdstuk 2 (art. 48 lid 1 sub (b) onder (iii) GEKR), resp. een uitwerking van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 49 lid 3 GEKR). In het GEKR ontbreken echter bepaalde specificaties die het toepassingsbereik van de Nederlandse wilsgebrekenre-

geling beperken, wat in potentie gunstig is voor de consument. Art. 50 GEKR vereist bijvoorbeeld niet dat de bedreiging zodanig moet zijn, dat een redelijk oordelend mens daardoor kan worden beïnvloed, i.e. de objectieve maatstaf van art. 3:44 lid 2, laatste zin BW ontbreekt.⁴⁵

Naar hun strekking en reikwijdte komen de wilsgebrekenregelingen in het GEKR en het BW grotendeels overeen. De consument die zijn toevlucht zoekt in de wilsgebrekenregeling zal er onder het GEKR-regime toch enigszins op achteruitgaan. Sommige specificaties leggen de lat mogelijk hoger dan het Nederlandse recht. Voor het aannemen van misbruik (art. 50 GEKR) geldt bijvoorbeeld als aanvullend vereiste dat de wederpartij een 'buitensporig en onbillijk voordeel' uit de situatie haalt.⁴⁶ Verder verjaart het beroep op dwaling en dat op de overige drie wilsgebreken na verloop van zes, resp. twaalf maanden nadat de consument kennis heeft gekregen van de relevante omstandigheden of bekwaam wordt om in vrijheid te handelen (art. 52 GEKR). Deze termijnen zijn korter dan de nationaalrechtelijke driejarige termijn (art. 3:52 BW). De lange verjaringstermijn van 30 jaar (art. 179 lid 2 GEKR) is wel beduidend langer dan de Nederlandse termijn van 20 jaar.

16. Waar de Nederlandse consument er op het door het acquis bestreken terrein duidelijk op vooruit gaat, wordt hij minder rijkelijk bediend door de GEKR-bepalingen die niet voortvloeien uit het consumentenacquis. Op sommige punten levert hij bescherming in. Toch krijgt hij daar ook weer veel voor terug. Zo is het aantal bepalingen waarvan niet mag worden afgeweken ten nadele van de consument in het GEKR hoger dan in het Nederlandse recht. Een voorbeeld vormt de risico-overgang. Art. 142 GEKR bevat de regel dat het risico pas overgaat op de consument wanneer deze (of een door hem aangewezen derde niet zijnde de vervoerder) de goederen of de materiële gegevensdrager waarop de digitale inhoud wordt geleverd, fysiek in ontvangst heeft genomen. Van deze consumentvriendelijke⁴⁷ regel mag, anders dan naar Nederlands recht (art. 7:11 jo. 7:6 lid 2 BW), niet worden afgeweken (art. 142 lid 5 GEKR).

Dat bepaalde onderwerpen niet door het GEKR worden geregeld, zorgt er overigens voor dat het nationale recht van betekenis blijft: zo blijft de jonge consument die op internet een aankoop doet,⁴⁸ aangewezen op de nationale regeling inzake de handelingsonbekwaamheid van minderjarigen.

42. De Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) is opmerkelijk genoeg een andere mening toegedaan: BEUC's Comments on the European Commission's Impact Assessment for the Proposal of a Common European Sales Law, 22 november 2011.

43. 'Niet-nakoming van een verbintenis door een partij is wezenlijk wanneer: (a) zij de wederpartij wezenlijk datgene onthoudt wat die partij op grond van de overeenkomst mocht verwachten, tenzij de partij die niet nakomt dit resultaat op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst niet voorzag noch behoorde te voorzien, of (b) deze van dien aard is dat daardoor duidelijk is dat er niet op kan worden vertrouwd dat de partij die niet nakomt in de toekomst alsnog zal nakomen.'

44. Overigens bepaalt art. 56 GEKR dat de remedies voor bedrog, bedreiging en misbruik (lid 1) en, in een consumentenovereenkomst, ook de remedies voor dwaling (lid 2) niet kunnen worden uitgesloten of beperkt. Waar het uitsluiten of beperken van remedies voor bedrog of bedreiging in strijd lijkt met de openbare orde in de meeste lidstaten, geldt dat zeker niet voor dwaling en misbruik van omstandigheden: Loos 2011, p. 195. Art. 57 GEKR laat de consument de keus uit alle hem beschikbare rechtsmiddelen (inclusief de rechtsmiddelen op grond van niet-nakoming).

45. Dat de dwaling geen betrekking mag hebben op een uitsluitend toekomstige omstandigheid (art. 6:228 lid 2 BW) wordt in art. 48 GEKR voorts niet expliciet genoemd.

46. Het Nederlands recht is op dit punt gematigder en legt de nadruk op het nadeel dat de bedreigde partij lijdt. Voor een beroep op misbruik is vereist dat de wederpartij de overeenkomst niet had moeten sluiten wegens de voor hem kenbare nadelen die voor de ander uit de overeenkomst voortvloeien: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 267; HR 9 januari 2004, NJ 2004, 141.

47. In sommige rechtssystemen (België, Frankrijk en Letland) gaat het risico al over op de koper op het moment waarop de eigendom gewoonlijk overgaat, dat is op het moment van de contractssluiting.

48. Ouders vergeten nogal eens om een programma als *PayPal* uit te zetten.

Conclusie

17. De Nederlandse consument gaat er bij de toepasselijkheid van het GEKR welbeschouwd licht op vooruit. Zorgen omtrent het beschermingsniveau inherent aan het GEKR aan de kant van Nederlandse parlementariërs zijn dus ongegrond. De Consumentenbond en de toekomstige Autoriteit Consument en Markt zouden op termijn zeker voor het GEKR kunnen adverteren en de (voorspelde) rechtsonzekerheid⁴⁹ bij de consument kunnen wegnemen door zichtbaar te maken welke voor de consument relevante verschillen er tussen GEKR en nationaal recht bestaan. Ik denk hierbij vooral aan remedies en verjaringstermijnen. Over kleine verschillen die het beschermingsniveau niet wezenlijk aantasten hoeft de consument niet te worden ingelicht. De hoeveelheid informatie moet overzichtelijk en behapbaar blijven. Mocht het GEKR er in deze vorm komen, dan heeft de consument baat bij een geruststellende boodschap, die de informatie uit de (verplichte) standaardmededeling in het juiste perspectief plaatst.⁵⁰

18. De boodschapper zal wel enige voorzichtigheid moeten betrachten bij het benoemen van de (toekomstige) voordelen van het GEKR in termen van vrije marktwerking, te weten een breder aanbod en lagere prijzen. Het is immers goed denkbaar dat de voordelen in termen van consumentenbescherming de voordelen in termen van vrije marktwerking in de weg zullen staan. Of deze laatste voordelen zich zullen verwezenlijken hangt immers af van de bereidheid van handelaren om het instrument te omarmen en van de manier waarop zij dat zullen doen. De reikwijdte van de non-conformiteitsregeling zou verkopers mogelijk kunnen ontmoedigen van het GEKR gebruik te maken. Ook zou het hoge niveau van consumentenbescherming zich kunnen vertalen naar hogere prijzen.⁵¹ Wellicht zou de consument in dat opzicht genoeg kunnen nemen met iets minder bescherming; er is naar ik meen bijvoorbeeld weinig mis met een kortere, maar niettemin redelijke klachttermijn.

49. Reasoned Opinion of the UK House of Commons, 7 december 2011, nr. 31.

50. De onzekerheid over de uitleg van het GEKR blijft weliswaar bestaan maar die uitleg zal bij gebrek aan rechtspraak van het HvJ EU naar ik verwacht voornamelijk door nationale denkbepelden worden gekleurd. Ik verwacht dat het Hof de open normen uit het GEKR niet snel van een autonome uitleg zal voorzien, hoewel dit wel van de hoogste Europese rechter wordt verwacht.

51. O. Bar-Gill & O. Ben-Shahar, 'Regulatory techniques in consumer protection: A critique of the common European sales law', p. 7-8, <www.law.uchicago.edu/files/files/OBS-OBG%20paper_0.pdf>.